GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : 33937C
Inscrit le 27 janvier 2014

Audience publique du 22 janvier 2015

**Appel formé par
la société anonyme de droit belge ... S.A., ...,
contre
un jugement du tribunal administratif du 18 décembre 2013 (n° 27205 du rôle)
dans un litige l'opposant à
une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière d'impôts**

Vu l'acte d'appel, inscrit sous le numéro 33937C du rôle, déposé au greffe de la Cour administrative le 27 janvier 2014 par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme de droit belge ... S.A., établie et ayant son siège social à B-…, inscrite au registre du commerce de ... sous le numéro …, agissant par son conseil d'administration actuellement en fonction, dirigé contre un jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 18 décembre 2013 (n° 27205 du rôle), par lequel ledit tribunal l'a déboutée de son recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 19 mai 2010 portant rejet de sa réclamation introduite le 27 novembre 2009 contre deux décisions du bureau Sociétés XXX du 23 septembre 2009 portant rejet de ses deux requêtes en remboursement de retenues à la source sur revenus de capitaux mobiliers, présentées les 17 mars et 26 août 1997 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe de la Cour administrative le 27 février 2014 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 24 mars 2014 par Maître Guy LOESCH pour compte de la société ... S.A. ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Olivier VAN ERMENGEM, assisté de Maître Guy LOESCH, et Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 8 mai 2014.

Au début de l'année 1996, la société anonyme de droit belge ... S.A., ci-après désignée par la « *société* ... », détint l'intégralité du capital de la société anonyme de droit

belge AAA, ci-après désignée par la « *société AAA* », et, depuis l'année 1994, elle détint également une participation à hauteur de ... actions dans le capital de la société anonyme de droit luxembourgeois BBB, ci-après désignée par la « *société BBB* ».

La société AAA détint l'intégralité du capital de la société anonyme de droit belge CCC, ci-après désignée par la « *société CCC* ».

La société CCC détint depuis l'année 1994 une participation à concurrence de 25% dans le capital de la société BBB.

Le patrimoine de la société BBB engloba à cette même époque une participation dans le capital de la société anonyme de droit luxembourgeois DDD.

En date du 3 mars 1996, la société ... céda à la société AAA les ... actions de la société BBB, de manière que la participation globale de la société AAA dans la société BBB fut portée à 34,922% du capital de cette dernière.

Le 27 décembre 1996, la société BBB versa à la société AAA, au titre de l'exercice 1995, un dividende de ... LUF qui subit une retenue à la source de ... LUF, soit 15% du montant du dividende brut. En date du 10 mars 1997, la société AAA introduisit, par l'intermédiaire de la société BBB mandatée à cette fin, auprès du bureau d'imposition Sociétés 1 de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *bureau d'imposition* », la demande « *de bien vouloir considérer que la retenue à la source sur ... [la] distribution à la société AAA, opérée sur base de la convention belgo-luxembourgeoise et du libellé actuel de l'article 147 2a LIR, est non conforme avec la directive du Conseil CE (90/435/CEE) concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mère et filiales d'Etats membres différents, et par conséquent de procéder au remboursement de l'excédent de retenue d'impôt, à savoir ... LUF* ».

Le 27 juin 1997, la société BBB versa à la société AAA au titre de l'exercice 1996 un dividende de ... LUF qui fut amputé d'une retenue à la source de ... LUF, soit 10% du montant du dividende brut. Le 20 août 1997, la société AAA introduisit, par l'intermédiaire de la société BBB mandatée à cette fin, auprès du même bureau d'imposition une demande en remboursement de l'excédent de retenue sur les dividendes lui distribués, à savoir du montant de ... LUF, formulée en des termes identiques.

L'assemblée générale extraordinaire de la société BBB du 17 novembre 1997 décida la dissolution anticipée de cette société, prononça sa mise en liquidation à compter de cette date et nomma Maître ... ... liquidateur de la société. L'assemblée générale extraordinaire de cette même société du 20 novembre 1997 approuva les comptes de liquidation, donna décharge pleine et entière au liquidateur, prononça la clôture de la liquidation et constata que la société BBB avait définitivement cessé d'exister. L'actif de la société BBB à la date du 17 novembre 1997 fut constitué essentiellement par ... actions de la société DDD, ... obligations remboursables en actions de cette même société et des liquidités à hauteur de ... LUF. Ces éléments de l'actif furent attribués, dans le cadre de la liquidation de la société BBB, respectivement à hauteur de 75% à la société AAA et de 25% à la société CCC.

En date du 26 avril 2001, la société AAA fusionna avec la société ... et adopta dans ce cadre la dénomination sociale ... sous laquelle elle exerça dans la suite les voies de recours lui ouvertes relativement à ses demandes de restitution des retenues à la source susvisées, dont l'appel sous examen. Cependant, pour des raisons de clarté de l'exposé des motifs et plus particulièrement pour éviter des confusions avec la société ... encore distincte durant les années 1996 et 1997 de la société AAA, cette dernière sera toujours désignée dans la suite du présent arrêt par la dénomination sociale AAA.

Par décision du 25 octobre 2002, portant les numéros du rôle C9443 et C9636, le directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *directeur* »,

refusa de faire droit aux deux demandes de restitution de la société AAA des 17 mars et 26 août 1997.

A l'encontre de cette décision directoriale de rejet de ses deux demandes des 17 mars et 26 août 1997, la société AAA fit introduire un recours en réformation, sinon en annulation par requête déposée le 24 janvier 2003.

Par jugement du tribunal administratif du 23 juillet 2003 (n° 15907 du rôle), le tribunal administratif déclara le recours en réformation recevable et fondé, de sorte qu'il annula, dans le cadre du recours en réformation introduit, la décision du directeur litigieuse pour incompétence de son auteur et lui renvoya l'affaire en vue de sa transmission au bureau d'imposition compétent pour voir statuer sur les demandes de restitution de la société AAA introduites les 17 mars et 26 août 1997.

En date du 23 septembre 2009, le bureau d'imposition prit deux décisions portant refus des demandes de restitutions précitées au motif que la condition de la durée de détention ininterrompue de deux ans ne serait pas remplie.

Le 27 novembre 2009, la société AAA introduisit, par l'intermédiaire de son mandataire, une réclamation, datée au 25 novembre 2009, contre les deux décisions précitées du bureau d'imposition du 23 septembre 2009.

Par décision du 19 mai 2010 (n° C 15556 du rôle), le directeur reçut cette réclamation en la forme, mais la rejeta comme non fondée aux motifs indiqués comme suit :

« […] *Vu la requête introduite le 27 novembre 2009 par Me Paul Tulcinsky, pour réclamer au nom de la société anonyme de droit belge AAA (dont la dénomination a été changée par la suite en ... S.A.), avec siège social à ..., contre :*

1) une décision du bureau Sociétés ... portant rejet d'une demande en restitution d'une retenue à la source de 15%, soit ... francs, émise en date du 23 septembre 2009 ;

2) une décision du bureau Sociétés ... portant rejet d'une demande en restitution d'une retenue à la source de 10%, soit ... francs, émise en date du 23 septembre 2009 ;

Vu les §§ 228 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant que l'introduction par une requête unique de plusieurs demandes distinctes, mais néanmoins semblables, empiète sur le pouvoir discrétionnaire du directeur des contributions de joindre des affaires si elles sont connexes, mais n'est incompatible en l'espèce avec les exigences d'une procédure ordonnée ni dommageable à une bonne administration de la loi ; qu'il n'y a pas lieu de la refuser ;

<u>Quant à la recevabilité</u>

Vu le § 252 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant qu'il échet tout d'abord d'analyser la qualification à conférer à l'acte introduit par la réclamante en date du 27 novembre 2009 ;

Considérant que la réclamante, débiteur de l'impôt, fait grief au bureau d'imposition de ne pas lui avoir accordé une restitution de respectivement ... francs et de ... francs ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 149 de la loi concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.), le débiteur des revenus doit opérer la retenue d'impôt pour compte du bénéficiaire et est personnellement responsable de l'impôt qu'il a retenu ou qu'il aurait dû retenir ;

que suivant l'alinéa 2 du même article, le bénéficiaire des revenus est débiteur de l'impôt ;

Considérant que l'alinéa 1 du § 150 AO vise les cas où le remboursement d'impôts peut être exigé, partant où le droit au remboursement est établi et n'a qu'à être invoqué par le contribuable ;

qu'en vertu de l'alinéa 2 du même paragraphe, le bureau d'imposition compétent est obligé de matérialiser son refus de remboursement de l'impôt par un bulletin ;

qu'il s'ensuit que « l'existence du droit à restitution ne doit pas être établie à suffisance de droit au moment de la soumission de la demande de restitution par le contribuable, mais qu'il incombe au bureau d'imposition de statuer sur la réalité de ce même droit » (jugement tribunal administratif du 23 juillet 2003, no rôle 15907) ;

Considérant que les droits des créanciers de revenus de capitaux sont réglés par le § 152 (2) n° 1 AO (études fiscales, Jean Olinger, nos 81/82/83/84/85, page 73) ;

qu'en l'occurrence la réclamante qui est le bénéficiaire des revenus de capitaux, peut contester la retenue opérée en soumettant une demande en restitution ;

Considérant qu'en l'espèce, la réclamante a soumis une telle demande en restitution en date du 17 mars 1997 et du 26 août 1996 au bureau d'imposition ;

Considérant qu'il s'ensuit que les bulletins datés du 23 septembre 2009 et communiquant les décisions de refus de remboursement de la part du bureau d'imposition ouvrent donc le droit à réclamation devant le directeur des contributions sur base du § 235 n° 5 AO ;

Quant au fond

Considérant que c'est en date du 3 mai 1996 que la requérante a acquis ... actions de la société anonyme BBB ; qu'elle a détenu ces titres, représentatifs d'une participation directe de 34,922% (taux inchangé par la suite) dans le capital social de la société filiale, de manière ininterrompue jusqu'à la dissolution et la mise en liquidation le 17 novembre 1997 (liquidation clôturée le 20 novembre 1997) ;

I) Caractère des allocations faites à la requérante

Considérant qu'en vertu du § 243 de la loi générale des impôts (AO), une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens du requérant, la loi d'impôt étant d'ordre public (décision C7640 du 09.09.1991) ;

Considérant qu'à la lumière de la mise en liquidation, en date du 17 novembre 1997, de la société anonyme BBB (dont l'exercice social a cadré avec l'année du calendrier), il importe de vérifier si aucune des distributions effectuées à la requérante les 27 décembre 1996 et 27 juin 1997 ne constitue une somme allouée à l'occasion du partage, visé à l'article 101 L.I.R., de l'actif net investi de la société filiale, somme qui tomberait dès lors sous la coupe de l'article 97 (3) lit. d) de la même loi (L.I.R.) et ne rangerait pas parmi les revenus provenant de capitaux mobiliers soumis à la retenue à la source y afférente ;

Considérant que si le moindre doute, quant au caractère de dividende au sens de l'article 97 (1) numéro 1 L.I.R., ne subsiste pour la part dans la distribution de bénéfice de l'exercice 1995 de la société anonyme BBB, décidée par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires tenue le 6 juin 1996 (2e résolution) et versée le 27 décembre 1996, la part de la requérante dans la distribution de bénéfice de l'exercice 1996, approuvée par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires tenue le 5 juin 1997 (2e résolution) et versée le 27 juin 1997, donc presque cinq mois avant l'entrée en liquidation de la société filiale (cf. Roger Molitor, Le régime fiscal des sociétés mère et filiales chap. 3.2.6., Etudes fiscales nos 90/91/92, avril 1994), n'est pas non plus à requalifier en un produit du partage de l'actif net investi (article 101 L.I.R.) ;

qu'en fait le versement du 27 juin 1997 n'a été conçu en aucun moment, de part et d'autre, comme un acompte sur produit de liquidation ;

Considérant que, pour ce qui est précisément dudit bénéfice distribué au titre de l'année 1996, l'article 169 L.I.R., réglant la détermination et l'imposition du bénéfice de liquidation dans le chef de la collectivité dissoute, ne peut pas servir de base légale positive pour conférer à ladite allocation, après coup et manifestement au contraire de la réalité économique (cf. la 2e résolution de l'assemblée générale ordinaire C.L.M.M. du 5 juin 1997), la qualité de produit de liquidation, même si le versement y relatif s'est situé après la clôture du dernier exercice d'exploitation précédant la dissolution et la mise en liquidation de la société filiale ;

qu'en effet, la dernière phrase de l'article 169 (5) L.I.R. exclut du bénéfice (boni) de liquidation y visé le « bénéfice de l'exercice précédent qui a été distribué après la clôture de l'exercice » (cf. Herbert Brönner, « Die Besteuerung der Gesellschaften VI/153, 16. Auflage 1988, dans le contexte du § 11 KStG. : „In das Abwicklungsendvermögen sind im Abwicklungszeitraum ausgeschüttete Wirtschaftsgüter <u>(ausgenommen die Gewinnausschüttung für das dem Abwicklungszeitraum vorangegangene Wirtschaftsjahr)</u> einzubeziehen (...)“) ;

Considérant que les dividendes alloués à la requérante en date du 27 décembre 1996 et du 27 juin 1997 conservent par conséquent, nonobstant la mise en liquidation de la société filiale le 17 novembre 1997, le caractère fiscal de revenus provenant de capitaux au sens de l'article 97 (1) numéro 1 L.I.R. ; qu'en tant que « revenus provenant d'actions », ils correspondent également au terme « dividendes » employé dans l'article 10 de la Convention entre le Luxembourg et la Belgique en vue d'éviter les doubles impositions et de régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, signée le 17 septembre 1970 ;

II) Durée de détention de la participation dans la société filiale

Considérant que l'obligation de procéder, lors de la mise à disposition des dividendes alloués à la requérante les 27 décembre 1996 et 27 juin 1997, aux retenues à la source contestées a résulté conjointement de l'article 10 § 2 de la convention fiscale belgo-luxembourgeoise ainsi que des articles 146, 147 numéro 2a, 148 (2) et 149 L.I.R., telles que ces dispositions ont été en vigueur à l'époque desdites attributions de dividendes ;

Considérant que le présent litige porte, en ordre principal, sur l'interprétation à donner à la condition de la durée minimale de détention d'une participation directe d'au moins 25%, condition à remplir pour bénéficier de l'exonération de la retenue à la source sur les dividendes distribués durant les années 1996 et 1997 par une société de capitaux résidente pleinement imposable à une société d'un autre État membre de l'Union Européenne et visée à l'article 2 de la directive 90/435/CEE du Conseil Européen du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ;

Considérant qu'eu égard à la primauté, en matière d'hiérarchie de normes juridiques, du droit communautaire sur les conventions conclues entre les États membres de l'Union Européenne (cf. C.J.C.E. 27 février 1962, C-10/61) et sur le droit interne, l'analyse de la condition susmentionnée de la durée minimale de détention d'une participation directe se fait d'abord par référence aux articles 3 et 5 de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990) ;

Considérant qu'en application de l'article 3 § 1, lit. a) de la directive 90/435/CEE, « la qualité de société mère est reconnue au moins à toute société d'un État membre qui

remplit les conditions énoncées à l'article 2 et qui détient, dans le capital d'une société d'un autre État membre remplissant les mêmes conditions, une participation minimale de 25% » ;

qu'en vertu de l'article 3 § 2, 2e tiret de la directive 90/435/CEE, les États membres ont la faculté, par dérogation au § 2, « de ne pas appliquer la présente directive à celles de leurs sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère, ni aux sociétés dans lesquelles une société d'un autre État membre ne conserve pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une telle participation » ;

que l'article 5 § 1 de la directive 90/435/CEE prévoit que « les bénéfices distribués par une société à sa société mère sont, au moins lorsque celle-ci détient une participation minimale de 25% dans le capital de la filiale, exemptés de retenue à la source » ;

Considérant que le contenu de la directive 90/435/CEE relatif à l'exemption de la retenue à la source en ce qui concerne les bénéfices distribués par une société filiale d'un État membre à sa société mère d'un autre État membre a été ancré dans l'article 147 numéro 2a L.I.R. comme suit, pour les années 1996 et 1997: « La retenue d'impôt faisant l'objet de l'article 146 n'est pas à opérer : (...) 2a. lorsque les revenus visés à l'article 97, alinéa 1er, numéro 1, sont alloués par une société de capitaux résidente pleinement imposable à une société qui est un résident d'un État membre de l'Union Européenne et visée à l'article 2 de la directive du Conseil des CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (90/435/CEE). Il faut dans ce cas que la société mère puisse prouver qu'elle a détenu une participation directe d'au moins 25 pour cent durant une période ininterrompue de 2 ans au moins au moment de la distribution. L'exonération ne vaut toutefois que dans la mesure où les revenus proviennent de titres de participation qui ont été la propriété ininterrompue de la société bénéficiaire pendant ladite période de 2 ans » ;

Considérant que la Cour de justice des Communautés européennes, saisie dans le cadre d'une procédure préjudicielle dans trois affaires jointes (Denkavit International BV, C-283/94 ; Vitic Amsterdam BV, C-291/94 ; Voormeer BV, C-292/94), a prononcé le 17 octobre 1996 un arrêt relatif à l'interprétation de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990, cet arrêt disant pour droit qu'un État membre de l'Union Européenne ne peut pas subordonner la dispense de retenue à la source prévue par la directive CEE des sociétés mères et filiales à la condition qu'au moment de la distribution des bénéfices, la société mère ait détenu une participation minimale de 25% dans le capital de la filiale pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, précisant de la sorte que la condition de délai doit s'apprécier a posteriori et non pas au moment de l'allocation des dividendes ;

Considérant que la Cour de justice des Communautés européennes a retenu dans sa motivation (points 24 et 25) qu'il y a lieu de se référer au libellé même de l'article 3 § 2, 2e tiret de la directive 90/435/CEE, selon lequel les sociétés mères ne peuvent être privées de l'exemption de la retenue que lorsqu'elles « ...ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une telle participation » et qu'il ressort des termes de cette disposition, et notamment de l'emploi du présent (« conservent ») dans toutes les versions linguistiques sauf dans la version danoise, que la société mère doit, pour bénéficier de l'avantage fiscal, détenir une participation dans la filiale pendant une certaine période, sans qu'il soit nécessaire que cette période ait déjà pris fin au moment de l'octroi de l'avantage fiscal ;

que, de ce fait, la Cour de justice des Communautés européennes a clairement souligné que la société mère, pour être exonérée de la retenue à la source, doit détenir une participation minimale de 25% pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans ;

Considérant qu'il en résulte que l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 octobre 1996, appliqué à l'article 147 numéro 2a L.I.R., a confirmé le caractère impératif de la condition de la durée minimale de détention de la participation dans la société filiale, même si, selon l'enseignement du prédit arrêt, cette condition n'a plus besoin d'être remplie au moment de la mise à disposition des dividendes ;

Considérant que la participation directe de la requérante dans le capital social de la collectivité distributrice des dividendes, participation acquise le 3 mai 1996, a cessé d'exister au moment de la clôture de la liquidation, le 20 novembre 1997, de la société anonyme BBB (suite à la répartition de ses actifs) ; qu'il n'y a eu ni fusion de sociétés, ni une quelconque autre opération susceptible de déclencher la prise en considération fiscale de la théorie de l'échange de biens équivalents ;

Considérant qu'il s'ensuit que faute d'avoir détenu sa participation directe dans le capital social de la société anonyme BBB pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, la requérante ne peut pas se prévaloir, en relation avec les dividendes alloués les 27 décembre 1996 et 27 juin 1997, de l'exemption de la retenue d'impôt à la source sur les revenus de capitaux ; que partant un droit dans son chef au remboursement des montants ainsi retenus ne peut pas être affirmé ;

III) Date d'exécution des retenues d'impôt à la source contestées par la requérante

Considérant que si en l'espèce l'obligation de verser au Trésor public l'impôt sur le revenu frappant les revenus de capitaux est indubitablement établie, la question se pose néanmoins, à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 octobre 1996, à quelle(s) date(s) cette obligation était exécutable ;

Considérant que l'arrêt prévisé de la Cour de justice des Communautés européennes retient dans son dispositif qu' « il appartient aux États membres d'établir les règles visant à faire respecter cette période minimale (= de détention de la participation dans la société filiale), conformément aux procédures prévues dans leur droit interne. En tout état de cause, ces États ne sont pas tenus, en vertu de la directive, d'accorder l'avantage (= l'exemption de la retenue à la source) de manière immédiate lorsque la société mère s'engage unilatéralement à respecter la période de participation minimale. » ;

Considérant que le droit fiscal interne a été adapté en l'occurrence, avec effet à partir de l'année d'imposition 1998, par l'insertion au texte de l'article 149 L.I.R. des dispositions suivantes : « (4) (...) Un règlement grand-ducal déterminera les conditions de garantie à observer lorsque, à la date de la mise à la disposition des revenus, la seule condition de la durée de détention ininterrompue (...) n'est pas remplie et que le bénéficiaire des revenus s'engage à détenir jusqu'à l'accomplissement de la durée de détention restante une participation d'au moins (...) dans le capital social du débiteur des revenus. – (4a) En l'absence d'un engagement par le bénéficiaire des revenus, le débiteur des revenus est tenu de déclarer et de verser l'impôt retenu à la source dans le délai de huit jours à partir de la date de la mise à la disposition des revenus. Le remboursement peut être demandé par le bénéficiaire des revenus dès qu'il prouve que la durée de détention est remplie et que pendant toute la durée de détention le taux de participation n'est pas descendu au-dessous du seuil de (...) » ;

Considérant qu'aux fins de statuer sur les deux requêtes en cause, il échet de se référer aux solutions de principe (abstraction faite de l'abaissement du taux de participation minimale et de la réduction de la durée minimale de détention) apportées par le législateur national à la suite de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 octobre 1996, même si ces solutions ne sont d'application qu'à partir de l'année d'imposition 1998 ;

Considérant que la réclamante reste à défaut de fournir des preuves concrètes quant à l'existence, au moment de l'allocation des dividendes en question, d'un engagement prévu par l'article 149 L.I.R. tel qu'il a été complété avec effet à partir de l'année d'imposition 1998 ;

qu'un pareil engagement ne se présume pas ; que partant les retenues d'impôt à la source opérées à l'occasion de l'allocation des dividendes en dates du 27 décembre 1996 et du 27 juin 1997 l'ont été à bon droit ;

Considérant, à titre superfétatoire, que même la mise en place dès l'année 1996 d'un système d'exemption immédiate en contrepartie de la constitution de garanties dans l'hypothèse d'un engagement formel de détention de la participation, n'aurait dans le cas d'espèce que fait décaler dans le temps le versement de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux en question, au plus tard jusqu'à la date de la clôture de la liquidation de la société filiale (le 20 novembre 1997) ;

IV) Taux des retenues d'impôt à la source

Considérant que, quant aux taux de retenue d'impôt sur les dividendes attribués les 27 décembre 1996 (15%) et 27 juin 1997 (10%), une juste application a été faite de l'article 10 § 2, lit. a) et b) de la Convention du 17 septembre 1970 entre le Luxembourg et la Belgique en vue d'éviter les doubles impositions ;

PAR CES MOTIFS

reçoit les réclamations en la forme,

les rejette comme non fondées. […] ».

A l'encontre de cette décision directoriale de rejet de sa réclamation, la société AAA fit introduire un recours principalement en réformation, sinon subsidiairement en annulation par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 12 août 2010.

Dans son jugement du 18 décembre 2013, le tribunal administratif reçut le recours principal en réformation en la forme, mais le rejeta comme étant non fondé, tout en disant qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le recours subsidiaire en annulation et en condamnant la demanderesse aux frais.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 27 janvier 2014, la société AAA a fait régulièrement relever appel de ce jugement du 18 décembre 2013.

L'appelante conteste l'admissibilité du mémoire en réponse de l'Etat en faisant valoir que ce dernier se bornerait en substance à renvoyer à l'un de ses mémoires déposés en première instance, annexé au mémoire soumis en instance d'appel, sans pour autant faire la part des arguments censés répondre à la requête d'appel. Ainsi, le mémoire étatique de première instance répondrait pour partie à des arguments non réitérés en instance d'appel, de manière que l'appelante ne serait pas en mesure de déterminer lesquels des arguments étatiques seraient censés répondre à sa requête. En outre, la Cour ne serait saisie que dans la limite des prétentions des parties telles que concrétisées à travers les moyens formulés en instance d'appel.

Il est vrai que l'Etat déclare dans son mémoire en réponse se rapporter et se rallier aux motifs du jugement entrepris auxquels il n'y aurait rien à ajouter en droit, tout comme il affirme que l'appelante « *n'a pas apporté des éléments nouveaux ou autres arguments par rapport à ceux d'ores et déjà exposés en première instance* » et renvoie aux arguments et moyens présentés devant les premiers juges à travers le mémoire en réponse du 13 décembre 2010. Cependant, à travers son analyse erronée d'une absence de moyen nouveau soumis par l'appelante, l'Etat s'est essentiellement privé lui-même de la faculté de prendre position à l'égard des moyens nouvellement invoqués par l'appelante, ce qui n'est pas en soi

préjudiciable à cette dernière, et le fait que le délégué du gouvernement a repris, par renvoi, des argumentations relatives à des moyens non réitérés par l'appelante ne saurait être considéré comme étant de nature à affecter concrètement les droits de la défense de l'appelante dans le sens d'avoir rendu plus difficile la préparation de son argumentation.

Le mémoire en réponse étatique est partant admissible et le moyen afférent de l'appelante est à rejeter.

Quant au fond et à titre principal, elle estime que le remplacement, dans son bilan, des titres de la société BBB par des actifs de cette dernière – principalement des titres de la société DDD et des obligations remboursables en actions de cette même société – constituerait un échange de biens équivalents (« *Tauschgutachten* ») bénéficiant d'un report d'imposition. Elle reproche au tribunal d'avoir limité cette théorie aux échanges de titres et considère qu'elle constituerait désormais un principe général du droit. Ainsi, même si le concept du « *Tauschgutachten* » a été développé à l'origine par le *Bundesfinanzhof* dans un arrêt du 16 décembre 1958 et n'a porté que sur un véritable échange dont l'objet était constitué soit de titres, soit d'un apport en titres en contrepartie de titres de la société dans le capital de laquelle ces titres ont été apportés, l'appelante se prévaut cependant de positions doctrinales luxembourgeoises pour soutenir que ce concept aurait été d'application générale au Luxembourg au cours des années 1996 et 1997 jusqu'à l'adoption, en l'année 2001, d'une disposition légale ayant précisé certaines hypothèses spécifiques dans lesquelles un échange donne lieu à un report d'imposition. Ainsi, le remplacement dans le bilan de la société AAA des titres annulés de la société BBB par la fraction correspondante des actif et passif de cette société devrait être apprécié d'un point de vue économique par rapport aux critères de l'échange de biens équivalents, à savoir l'identité quant à la nature et à la fonction des biens échangés et l'identité quant à la valeur des biens échangés.

Relativement à la condition tenant à l'identité quant à la nature et à la fonction des biens échangés, l'appelante estime qu'elle devrait être interprétée en ce sens que les titres reçus et échangés devraient représenter les mêmes biens du point de vue économique et que cette condition serait censée être remplie soit lorsque l'échange ne modifie pas l'influence de la société détentrice sur la société dans laquelle les titres sont détenus, soit lorsque les avantages dont la société détentrice bénéficie ne sont ni amoindris, ni augmentés, soit lorsque le cadre fiscal des titres n'est pas modifié. En l'espèce, la société BBB aurait compté, à la date de la clôture de sa liquidation, pour seuls actifs des actions de la société DDD pour un montant de ... LUF, des obligations remboursables en actions de la société DDD pour un montant de ... LUF et des actifs circulants à hauteur de ... LUF et sa liquidation n'aurait pas entraîné de réalisations d'actifs à des tiers, mais aurait été opérée par répartition en nature des actifs aux associés. La société AAA aurait partant reçu des actions et des obligations remboursables en actions de la société DDD en proportion de sa participation dans la société BBB liquidée. Ainsi, les actions de la société DDD, qui auraient représenté 96,59% du total bilantaire de la société BBB, et les obligations susvisées, ayant eu une finalité économique très proche de celle des actions, reçues suite à la liquidation de celle-ci présenteraient une identité de nature avec les actions de la société BBB détenues par la société AAA. L'appelante précise encore que la société DDD aurait été le véhicule de contrôle de la participation détenue par la société AAA dans la société luxembourgeoise EEE, dénommée ultérieurement EEE … S.A. et actuellement EEE ...S.A., de manière que son actif aurait consisté quasi-exclusivement en une participation dans ladite société EEE, et que la société BBB aurait eu comme actif quasi-exclusif une participation dans la société DDD. De la sorte, les deux sociétés auraient eu la fonction identique de détention et de gestion de la participation du ... dans la société EEE et auraient similairement été constituées sous la forme de sociétés anonymes de droit luxembourgeois.

Quant à la condition tenant à l'identité de la valeur des biens échangés, l'appelante fait valoir que d'après la pratique administrative, des titres seraient considérés comme ayant la même valeur lorsque la valeur estimée de réalisation des titres cédés correspond à la valeur estimée de réalisation des titres reçus en échange. Or, en l'espèce, étant donné que les principaux actifs de la société BBB au moment de sa liquidation auraient été les titres de la société DDD, la valeur de la participation dans la société BBB aurait dépendu presque exclusivement de la valeur des titres de la société DDD et la condition de l'identité de valeur entre la participation dans la société BBB détenue par la société AAA et la valeur de la part du patrimoine de la société BBB recueillie par la société AAA en proportion de sa participation lors de la liquidation de la première serait évidemment remplie, d'autant plus que la liquidation de la société BBB n'aurait pas eu pour effet d'accroître ou de diminuer le pourcentage des actions de la société EEE détenues par le ... par l'intermédiaire de la société DDD.

L'appelante invoque encore un arrêt du *Reichsfinanzhof* du 16 août 1934 ayant admis qu'un apport en nature d'un patrimoine actif et passif à une société serait économiquement constitutif d'un échange de biens équivalents dans la mesure où il y aurait reprise d'un engagement antérieur même sous une autre forme, l'appelante estimant qu'en sens inverse, il faudrait également admettre qu'en reprenant la fraction du patrimoine actif et passif de la société BBB correspondant à la participation antérieurement détenue dans la société BBB, la société AAA aurait poursuivi un engagement pris auparavant même sous une autre forme, ce qui soulignerait encore l'identité quant à la nature, la fonction et la valeur des biens échangés. Elle conclut que par application de la théorie de l'échange de biens équivalents, la liquidation de la société BBB n'aurait pas eu pour effet de porter atteinte à la période de détention des actions de la société BBB dans le chef de l'actionnaire AAA, les titres de la société DDD ayant continué la période de détention des actions de la société BBB après la liquidation de cette dernière et ce au-delà de la période minimale requise de deux ans. Par voie de conséquence, elle aurait été en droit de solliciter le remboursement des retenues à la source prélevées sur les distributions de dividendes en cause effectuées par la société BBB.

Il est constant en cause que les sociétés AAA et BBB n'ont pas fusionné, mais que la société BBB a été mise en liquidation le 17 novembre 1997 et que la société AAA a reçu sa part de l'actif social de la société BBB subsistant après les opérations de liquidation. Les premiers juges ont partant conclu à bon droit que les dispositions régissant les fusions de sociétés ne sauraient trouver application aux fins de la solution des questions juridiques qui se posent en l'espèce, les raisons ayant empêché les Sociétés intéressées de procéder à une fusion étant insignifiantes au stade actuel de l'analyse du litige.

Le concept du « *Tauschgutachten* » a été développé par le *Bundesfinanzhof* dans un avis du 16 décembre 1958 (1/57, BStBl. 1959, III, p. 107) en tant qu'exception au principe qu'un échange est à considérer fiscalement comme une vente du bien donné en échange et une acquisition du bien reçu dans le cadre de l'échange et ce exclusivement, comme le *Bundesfinanzhof* prend soin de préciser dans ledit avis, pour les opérations d'échange de titres de participation dans des sociétés de capitaux. Conformément à cet avis, un échange de tels titres ne conduit pas à la découverte des plus-values latentes rattachées aux titres de participation donnés en échange d'autres titres dans l'hypothèse où une appréciation économique de tous les éléments factuels d'une espèce permet de conclure que les titres donnés et reçus dans le cadre de l'échange présentent une identité économique. Egalement dans la suite, le champ d'application du concept du « *Tauschgutachten* » est resté confiné en Allemagne aux échanges de titres de participation dans des sociétés de capitaux sans avoir été étendu à des opérations d'échanges d'autres biens économiques ou de parts dans des sociétés de personnes (voir BMF-Schreiben vom 9.2.1998, IV B 2, S 1909, 5/98, Der Betrieb 1998, p. 394, renvoyant à BFH 8.7.1992, BStBl. II 1992, S. 2531). En outre, il était déjà considéré dans l'avis du 16 décembre 1958 et réitéré dans la suite que le

« *Tauschgutachten* » ne vise que les véritables opérations d'échanges de titres impliquant que les deux parties transfèrent respectivement à l'autre partie des titres de participation qu'elles détenaient jusque lors, ainsi que les apports de participations dans une autre société contre attribution de titres de participation de cette dernière.

Il n'est pas contesté en cause que le « *Tauschgutachten* » a également été appliqué au Luxembourg au vu de la concordance des législations allemande et luxembourgeoise sur l'impôt sur le revenu dans leurs traits essentiels. L'étendue de l'application de ce concept au Luxembourg a été décrite par les auteurs du projet de loi n° 4855 portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects dans les termes suivants :

« *Dans ce contexte, il importe de signaler que le „Tauschgutachten" est un principe jurisprudentiel développé en Allemagne et concrétisé par le „Bundesfinanzhof" dans son avis du 16 décembre 1958. Sur la base du „Tauschgutachten", l'échange ne conduit pas à la réalisation des plus-values inhérentes aux biens échangés, si ces biens sont économiquement identiques, c'est-à-dire s'ils ont la même valeur, la même nature et la même fonction.*

Les titres ont la même valeur, lorsque la valeur estimée de réalisation des titres cédés correspond à la valeur estimée de réalisation des titres reçus en échange. En ce qui concerne l'identité au point de vue de la nature et de la fonction, il faut notamment que les titres échangés remplissent la même fonction ou que, du point de vue économique, ils représentent les mêmes biens.

Dans ce contexte, on considère que les titres n'ont ni la même nature ni la même fonction:

- si l'échange modifie de manière sensible les moyens du contribuable d'exercer une influence sur la société dans laquelle les titres sont détenus,

- si l'échange entraîne l'obtention ou la perte d'avantages ou de désavantages substantiels en rapport avec la participation,

- si les titres échangés représentent uniquement une sorte de placement,

- si l'échange conduit à une modification du cadre fiscal, ce qui est notamment le cas si une participation importante est échangée contre une participation qui n'est pas à considérer comme importante, ou vice versa.

En pratique, l'analyse notamment des deux derniers critères d'appréciation est une tâche fort délicate, qui doit être effectuée sur la base des caractéristiques propres à chaque cas d'espèce.

Dans cet ordre d'idées, il est précisé que les échanges traités dans le „Tauschgutachten" sont essentiellement des échanges opérés dans le cadre de restructurations. Aussi convient-il de signaler que certaines des opérations y exposées ont été réglées par la suite par des textes de loi. C'est ainsi, par exemple, que l'actuel alinéa 5 de l'article 22 L.I.R. admet que les titres échangés au cours des opérations y visées sont économiquement identiques, en disposant que les titres reçus en échange sont réputés constituer les mêmes biens que les titres remplacés.

En ce qui concerne les échanges d'actions traités par le „Tauschgutachten", non encore réglés par un texte de loi, l'Administration des contributions directes applique actuellement la mesure du „Tauschgutachten" sur demande du contribuable. Dans ce contexte, il échet de signaler que le principe jurisprudentiel - d'après lequel l'échange de titres économiquement identiques ne conduit pas à la réalisation des plus-values inhérentes aux biens échangés - n'a jusqu'à présent pas été repris dans un texte de loi, vu qu'il est extrêmement difficile de définir des critères valables pour tous les cas pouvant se présenter, sans pour autant élargir et généraliser son application de manière non justifiée » (projet de

loi n° 4855 portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects, exposé des motifs, p. 44).

Ce projet de loi a abouti à la loi du 21 décembre 2001 portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects dont l'article 1er, point 3., en insérant l'article 22*bis* dans la LIR, a entendu remplacer le « *Tauschgutachten* » par des dispositions légales expresses, à l'instar de la situation en Allemagne où le législateur, en adoptant une modification législative du 23 avril 1999, a également manifesté l'intention de régler les cas de restructurations d'entreprises exhaustivement par des dispositions légales expresses (cf. HERRMANN, HEUER, RAUPACH, *EStG-Kommentar*, § 6, Anm. 1478).

S'il est vrai que le « *Tauschgutachten* » a été analysé par une partie de la doctrine allemande comme une réduction téléologique des faits constitutifs de la réalisation d'un bénéfice (cf. KNOBBE-KEUK, *Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht*, 9e édit., p. 927) et qu'une partie de la doctrine luxembourgeoise le considère comme reposant sur des principes généraux du droit fiscal, il n'en reste pas moins qu'il représente en dernière analyse une dérogation aux règles de principe de la qualification fiscale des opérations d'échanges et qu'à défaut de disposition légale expresse en ce sens, il n'y a pas lieu d'étendre son application au Luxembourg au-delà du champ lui reconnu en Allemagne dont le droit des impôts directs est fondé sur les mêmes principes généraux.

Dès lors, comme les premiers juges ont souligné à juste titre, l'application du concept du « *Tauschgutachten* » présuppose un véritable échange dont l'objet est soit constitué de titres de participation dans une société de capitaux, soit d'un apport de tels titres en contrepartie de titres de la société dans le capital de laquelle ces titres ont été apportés. Par contre, en l'espèce, il n'y a pas eu d'échange de titres ou de participations entre les sociétés AAA et BBB, étant donné que la dernière a été dissoute par la décision de l'assemblée générale du 17 novembre 1997, la clôture de la liquidation ayant été décidée par l'assemblée générale du 20 novembre 1997, et que ses actions sont ainsi devenues simplement inconsistantes. De la sorte, la société AAA n'a point transmis un élément de son patrimoine, en l'occurrence des titres de participation, en vue de recevoir d'autres titres de participation, mais a simplement vu un élément de son patrimoine, à savoir les actions de la société BBB, disparaître et s'est vue allouer un ensemble d'autres biens, à savoir une partie de l'actif de la société BBB. Si une telle opération s'analyse certes en une espèce de remplacement de biens, elle ne représente néanmoins pas un échange. Par voie de conséquence, la Cour rejoint les premiers juges dans leur constat que le fait que la société AAA a reçu en tant qu'actionnaire 75 % des actifs de la société BBB après la clôture de la liquidation, dont des actions de la société DDD et des obligations remboursables en actions de cette même société, ne confère pas à la liquidation de la société BBB avec attribution de l'actif aux actionnaires la nature d'un échange au sens du concept du « *Tauschgutachten* ».

Cette conclusion ne se trouve point infirmée par le renvoi, par l'appelante, à un arrêt du *Reichsfinanzhof* du 16 août 1934 mentionné dans l'avis du 16 décembre 1958, étant donné que le *Bundesfinanzhof* prend soin de préciser dans ledit avis que cet arrêt « *behandelt einen Sonderfall, dessen Grundsätze nicht verallgemeinert werden dürfen* ».

Il s'ensuit que c'est à juste titre que le tribunal a conclu à l'inapplicabilité en l'espèce du concept du « *Tauschgutachten* », sans analyser plus en avant ses conditions d'application, et que le moyen y relatif de l'appelante laisse partant d'être justifié.

En deuxième lieu, l'appelante critique le tribunal pour avoir rejeté son moyen relatif à la discrimination des sociétés actionnaires non résidentes par rapport aux sociétés actionnaires résidentes dans le cadre des opérations de fusion. Elle expose qu'à l'époque, la loi sur les sociétés commerciales luxembourgeoise aurait certes instauré un cadre légal pour les fusions entre sociétés résidentes, mais n'aurait pas prévu dans son droit des sociétés un

régime pour les fusions transfrontalières et ce nonobstant le fait que le Luxembourg avait déjà transposé la directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ci-après désignée par la « *directive 90/434* ». De la sorte, seule la voie de la liquidation de la société luxembourgeoise avec le transfert corrélatif des actifs et passifs aurait été ouverte à une société actionnaire non résidente, alors qu'en cas de fusion entre deux sociétés résidentes luxembourgeoises, il n'y aurait pas eu de liquidation de la filiale, mais une simple dissolution sans liquidation n'entraînant pas la remise en cause du délai de détention. L'appelante en déduit que si elle avait été une société résidente luxembourgeoise, la société BBB aurait pu être dissoute sans liquidation et fusionnée avec elle et l'appelante aurait pu bénéficier du maintien du délai de détention de deux ans et ainsi de l'exemption de la retenue à la source sur les dividendes reçus de la part de la société BBB.

L'appelante fait valoir que cette absence, à l'époque de la liquidation de la société BBB, d'une législation luxembourgeoise en matière de fusions transfrontalières admettant l'absorption d'une société résidente luxembourgeoise par une société résidente d'un autre Etat membre, créerait une discrimination contraire aux articles 43 et 48 du Traité sur les Communautés européennes, ci-après désigné par le « *Traité CE* », consacrant la liberté d'établissement. Elle se prévaut à cet escient d'un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) du 13 décembre 2005 (aff. C-411/03, Sevic Systems AG) qui aurait confirmé l'existence d'une restriction au sens des articles 43 et 48 du Traité CE dans une telle hypothèse de différence de traitement entre les fusions internes et transfrontalières tout en précisant que l'existence de règles d'harmonisation, à travers une directive relative aux fusions transfrontalières, ne saurait être érigée en condition préalable pour la mise en œuvre de la liberté d'établissement. Au vu de cette entrave à la liberté d'établissement, l'appelante estime avoir sollicité à bon droit le remboursement des retenues à la source prélevées sur les distributions de dividendes de la société BBB.

Une personne ne peut se prévaloir utilement d'une non-conformité, par rapport à une norme supérieure, d'un régime juridique d'une situation donnée découlant du droit interne de l'Etat dont elle relève et prétendre à voir cette situation régie par un régime conforme à cette norme supérieure que si elle s'est placée elle-même dans un tel cadre. Or, il convient de relever en l'espèce que la société BBB a entamé directement une procédure de dissolution avec liquidation et répartition de l'actif entre les actionnaires et qu'aucun élément en cause n'indique qu'elle-même et ses actionnaires eussent tenté d'entamer une fusion transfrontalière avec la société AAA, laquelle se serait cependant heurtée à un obstacle juridique non conforme au droit de l'Union que les Sociétés impliquées auraient dû faire éliminer afin de voir reconnaître cette fusion et de bénéficier des effets fiscaux en découlant. Dans la mesure où la situation d'une société mise en liquidation et de ses actionnaires doit être considérée comme différant essentiellement de celle d'une société destinée à être absorbée et de la société absorbante, la personnalité d'une société liquidée étant appelée à disparaître tandis que celle de la société absorbée est continuée par la société absorbante, force est de conclure que les sociétés BBB et AAA ne s'étaient pas placées dans une situation telle que l'élimination de l'obstacle juridique incriminé par l'appelante sur base du droit de l'Union, à savoir l'entrave à la liberté d'établissement découlant du défaut de reconnaissance des fusions transfrontalières dans le cadre du droit des sociétés luxembourgeois, leur aurait permis de se voir appliquer un régime conforme au droit de l'Union, i.e. la reconnaissance de leur fusion, et de nature à leur permettre la faveur fiscale invoquée, à savoir l'exonération des dividendes en cause de la retenue à la source. Lesdites sociétés se sont plutôt placées dans une situation dans laquelle le résultat final ne leur aurait en toute occurrence pas permis de bénéficier de la continuité de la personnalité et partant du délai de détention de la participation détenue par l'appelante.

Il s’ensuit que cette argumentation de l’appelante est à écarter comme n’étant pas justifiée.

La société AAA reproche ensuite au tribunal d’avoir écarté son moyen relatif à la différence de traitement concernant l’imputabilité de la retenue à la source. Elle expose que si la société bénéficiaire des dividendes versés par la société BBB avait été résidente du Luxembourg, elle aurait pu imputer la retenue versée lors des distributions de dividendes sur l'impôt sur le revenu des collectivités dû au Luxembourg au sens de l’article 154 (1) LIR et obtenir la restitution du surplus en vertu de l’article 154 (7) LIR.

En premier lieu, l’appelante souligne que la CJUE aurait, à de nombreuses reprises, et notamment dans un arrêt du 14 décembre 2000 (AMID, aff. C-141/99), affirmé que tout traitement divergent dépendant de la nationalité de la société était discriminatoire et qu'il portait atteinte au principe de la liberté d'établissement. Le refus du bénéfice du maintien du délai de détention, qui a pour conséquence directe qu'une retenue à la source pratiquée sur le dividende ne serait pas imputable par l'actionnaire, contreviendrait directement à ce principe.

Elle fait valoir dans le même cadre, en se prévalant de différentes jurisprudences de la CJUE, que le délai de détention n'aurait pas été interrompu dans le cas où la société belge aurait détenu ses participations dans la société DDD par le biais d'une succursale luxembourgeoise d'une société belge et non d'une filiale établie au Luxembourg. Ainsi, la fermeture de la succursale n'aurait entraîné ni la remise en cause du délai de détention, ni l'application de la retenue à la source, puisqu'il n'y aurait pas eu de transfert de la propriété de la participation entre la succursale et sa maison mère belge. Selon la jurisprudence de la CJUE, le choix pour un investisseur résident de l'Union Européenne entre l'établissement dans un autre État membre par le biais d'une filiale ou d'une succursale devrait être fiscalement neutre. Un traitement plus favorable ne pourrait dès lors pas être réservé à une société belge détenant sa participation dans une société luxembourgeoise *via* sa succursale luxembourgeoise, par rapport à celui qui serait accordé si cette participation était directement détenue par le siège belge de ladite société. L’appelante conclut ainsi à la soumission d’une question préjudicielle à la CJUE sur ce point.

En deuxième lieu, l’appelante analyse cette différence de traitement concernant l’imputabilité de la retenue à la source comme une entrave à la libre circulation des capitaux. Elle renvoie à un arrêt de la CJUE du 19 novembre 2009 (Commission c/ République italienne, aff. C-540/07) qui aurait qualifié de différence de traitement non conforme à cette liberté la législation italienne ayant prévu une exonération de la retenue à la source en cas de versement de dividendes par une société italienne à une autre société italienne sans accorder une telle exonération aux sociétés non italiennes établies dans d’autres Etats membres et percevant des dividendes de la part de sociétés italiennes. Tout en admettant que la situation se présenterait différemment au Luxembourg dans la mesure où la retenue à la source serait appliquée aux sociétés actionnaires à la fois résidentes et non résidentes, l’appelante considère que, dans un deuxième temps, une société résidente bénéficiaire des dividendes de la société BBB aurait pu imputer la retenue à la source prélevée sur l’impôt sur le revenu des collectivités dû au Luxembourg et obtenir la restitution du surplus. A cet égard, le droit interne du Luxembourg ne prévoirait dès lors pas de traitement équivalent pour un actionnaire résident dans un autre Etat membre et n’ayant pas affecté sa participation à un établissement stable luxembourgeois et l’existence ou non d’une possibilité d’une imputation et/ou d’un remboursement d’une retenue à la source sur dividendes dépendrait de la convention préventive de double imposition conclue avec l’Etat de résidence du bénéficiaire des dividendes ainsi que, si cette convention ne prévoit pas un crédit d’impôt intégral, du droit interne de l’Etat de résidence du bénéficiaire. L’appelante soutient, en se référant à plusieurs arrêts de la CJUE, que cette juridiction imposerait aux Etats membres l’obligation d’ouvrir une possibilité d’imputation d’une retenue à la source prélevée sur les distributions

de filiales indigènes non seulement aux sociétés mères résidentes, mais également aux sociétés mères d'autres Etats membres dans l'hypothèse où une société mère se trouve dans l'impossibilité de procéder à une imputation de la retenue dans son Etat de résidence même si elle est prévue par la convention préventive de double imposition applicable. Elle ajoute que l'article 23 de la Convention entre le Luxembourg et la Belgique en vue d'éviter les doubles impositions et de régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune du 17 septembre 1970, ci-après désignée par la « *Convention* », ne prévoirait l'imputation ni d'un crédit d'impôt, ni d'un « *full tax credit* » dans le sens compris par la CJUE et que la législation interne belge n'aurait pas non plus prévu durant les années 1996 et 1997 un mécanisme permettant l'imputation d'un crédit d'impôt. Par voie de conséquence, il aurait incombé en l'espèce au Luxembourg en sa qualité d'Etat de source de s'assurer que son droit interne et la Convention prévoient un remède effectif à la discrimination en instaurant soit un mécanisme permettant d'imputer ou de récupérer la retenue à la source prélevée sur les distributions litigieuses de la société BBB soit en s'abstenant d'un prélèvement de retenue à la source.

Dans le cadre de la situation factuelle de l'espèce, le Luxembourg est à considérer comme Etat membre d'accueil d'une société de droit belge qui se prévaut de sa liberté d'établissement par rapport au Luxembourg. Il est vrai que le droit de l'Union oblige à travers la liberté d'établissement les Etats membres à assurer aux sociétés constituées selon le droit d'un autre Etat membre le bénéfice du traitement national et à ne pas défavoriser entre elles les deux formes d'établissement protégées, à savoir la succursale et la filiale. Cependant, il n'en reste pas moins que la succursale et la filiale se distinguent fondamentalement et par nature en ce que l'établissement d'une succursale sur le territoire d'un autre Etat membre s'analyse en une émanation de la personnalité de la société elle-même dans cet autre Etat, tandis que la constitution d'une filiale emporte la création d'une personnalité juridique distincte sur le territoire de l'autre Etat membre. Cette différence est inhérente aux institutions de la succursale et de la filiale et ne saurait en elle-même s'analyser en une discrimination découlant du droit interne d'un Etat membre. Dès lors, le rapatriement vers l'Etat du siège des bénéfices réalisés par la succursale représente un simple transfert interne et une dissolution de la succursale n'affecte pas la propriété des biens de la succursale dans le chef de la société, tandis que le rapatriement des bénéfices réalisés par une filiale s'analyse en une distribution à une personne juridique distincte, de même que la dissolution de la filiale implique un transfert des biens de la filiale vers la personne juridique distincte de la société mère dans l'autre Etat membre. Il s'ensuit également que la question du respect du délai de détention d'une participation afin de pouvoir bénéficier de l'exemption de la retenue à la source prévue par la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, ci-après la « *directive 90/435* », en faveur de distributions de bénéfices se pose nécessairement différemment selon qu'une société décide de détenir une participation dans une société résidente d'un autre Etat membre à travers un établissement stable ou une filiale établis dans cet autre Etat membre, le respect du délai devant être vérifié par rapport à des personnes différentes. Or, l'appelante ayant fait le choix de détenir une participation dans la société DDD non pas directement par le biais d'une succursale luxembourgeoise, mais à travers une filiale luxembourgeoise, en l'occurrence la société BBB, représentant une personne juridique et un contribuable distinct, elle ne saurait se prévaloir utilement du régime fiscal qui aurait trouvé application dans l'hypothèse d'une succursale pour conclure à l'existence d'une discrimination en défaveur de son choix de la détention de la participation à travers une filiale.

Par rapport à la libre circulation des capitaux, la CJUE a déjà décidé que les États membres demeurent compétents pour définir, par voie conventionnelle ou unilatérale, les critères de répartition de leur pouvoir de taxation, en vue, notamment, d'éliminer les doubles

impositions (CJUE 12 mai 1998, Gilly, aff. C-336/96) et que, pour des participations ne relevant pas de la directive 90/435, il appartient aux États membres de déterminer si, et dans quelle mesure, l'imposition en chaîne ainsi que la double imposition économique des bénéfices distribués doivent être évitées et d'introduire, à cet effet, de façon unilatérale ou au moyen de conventions conclues avec d'autres États membres, des mécanismes visant à prévenir ou à atténuer cette double imposition économique, sans que ce seul fait leur permette d'appliquer des mesures contraires aux libertés de circulation garanties par le Traité CE (CJUE 8 novembre 2007, Amurta, aff. C-379/05). La CJUE a encore décidé que, lorsque la société distributrice et l'actionnaire bénéficiaire ne résident pas dans le même État membre, l'État membre de la source des bénéfices ne se trouve pas dans la même position, en ce qui concerne la prévention ou l'atténuation de l'imposition en chaîne et de la double imposition économique, que l'État membre de résidence de l'actionnaire bénéficiaire, sous peine d'imposer à l'Etat membre de source une renonciation à son droit d'imposer un revenu généré par une activité économique exercée sur son territoire, mais qu'à partir du moment où un État membre, de manière unilatérale ou par voie conventionnelle, assujettit à l'impôt sur le revenu non seulement des sociétés résidentes, mais également des sociétés non résidentes, pour les dividendes qu'elles perçoivent d'une société résidente, la situation desdites sociétés non résidentes se rapproche de celle des sociétés résidentes, ceci au motif que c'est le seul exercice par ce même État de sa compétence fiscale qui, indépendamment de toute imposition dans un autre État membre, engendre un risque d'imposition en chaîne ou de double imposition économique. Dans cette hypothèse, la CJUE impose à l'Etat de résidence de la société distributrice l'obligation de veiller à ce que, par rapport au mécanisme prévu par son droit national afin de prévenir ou d'atténuer l'imposition en chaîne ou la double imposition économique, les sociétés non résidentes soient soumises à un traitement équivalent à celui dont bénéficient les sociétés résidentes afin d'éviter que les sociétés bénéficiaires non résidentes soient confrontées à une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée (CJUE 19 novembre 2009, Commission/Italie, aff. C-540/07 ; 3 juin 2010, Commission/Espagne, aff. C-487/08 ; 20 octobre 2011, Commission/Allemagne, aff. C-284/09 ; 12 juillet 2012, Tate & Lyle Investments Ltd, aff. C-384/11). Il est vrai que le droit luxembourgeois, en instaurant une retenue à la source prélevée sur toutes les distributions de dividendes par des sociétés luxembourgeoises à des bénéficiaires à la fois indigènes et étrangers et en prévoyant l'imputation de cette retenue sur l'impôt sur le revenu dû et un remboursement d'un éventuel trop-payé d'impôt en faveur des seules collectivités résidentes sans prévoir en même temps un mécanisme permettant à des bénéficiaires d'autres Etats membres d'éviter la double imposition, se rapproche des législations nationales déjà déclarées non conformes par la jurisprudence de la CJUE.

D'un autre côté, il faut préciser que la CJUE admet également qu'il ne saurait être exclu qu'un État membre parvienne à garantir le respect de ses obligations résultant du traité en concluant une convention tendant à éviter la double imposition avec un autre État membre sous condition que l'application d'une telle convention permette de compenser les effets de la différence de traitement issue de la législation nationale (CJUE 19 novembre 2009, Commission/Italie, aff. C-540/07 ; 12 juillet 2012, Tate & Lyle Investments Ltd, aff. C-384/11). La CJUE n'admet l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux que si le cadre légal dans son ensemble, comprenant la législation nationale et la convention tendant à éviter la double imposition applicable, ne permet pas, dans le cas concrètement soumis au juge national, aux sociétés non résidentes d'être soumises dans l'Etat de résidence de la société distributrice à un traitement équivalent à celui dont bénéficient les sociétés résidentes (CJUE 8 novembre 2007, Amurta, aff. C-379/05 ; 12 juillet 2012, Tate & Lyle Investments Ltd, aff. C-384/11).

Or, la Convention prévoit dans son article 23, paragraphe 2, en faveur de bénéficiaires, résidents belges, de dividendes alloués par une société luxembourgeoise le

droit, selon le cas, à l'imputation de la quotité d'impôt étranger ou des exemptions en Belgique. Au-delà de son affirmation que la Convention ne prévoirait l'imputation ni d'un crédit d'impôt, ni d'un « *full tax credit* » dans le sens compris par la CJUE et que la législation interne belge n'aurait pas non plus prévu durant les années 1996 et 1997 un mécanisme permettant l'imputation d'un crédit d'impôt, l'appelante n'établit pas voire n'allègue pas quelle a été en définitive l'imposition des dividendes perçus par elle de la part de la société BBB durant les années 1996 et 1997 et qu'elle n'aurait concrètement pas pu bénéficier de mesures équivalentes à celles accessibles à une société résidente luxembourgeoise pour éviter la double imposition. Etant donné que, conformément à la jurisprudence de la CJUE, il ne suffit pas d'invoquer abstraitement une restriction à la libre circulation des capitaux, mais que le bénéficiaire d'une liberté fondamentale doit établir concrètement l'existence de la restriction incriminée dans son cas personnel afin de pouvoir prétendre à voir la législation nationale non conforme écartée, l'appelante, à défaut d'avoir soumis en cause ces éléments, n'a pas établi qu'elle aurait été individuellement et concrètement confrontée à une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée, de manière que son moyen doit être écarté en l'état.

En dernier lieu, l'appelante avance l'existence d'une discrimination contraire aux principes à la base de l'intégration européenne entre un contribuable non résident établi dans un Etat membre et un contribuable non résident établi dans un Etat tiers dans la mesure où certaines conventions bilatérales tendant à éviter la double imposition conclues par le Luxembourg prévoient des réductions significatives des taux de retenues d'impôt à la source sans aucune exigence de durée de détention, tandis que le résident d'un autre Etat membre doit détenir sa participation pendant une certaine durée pour bénéficier d'une telle réduction. Ainsi, l'appelante expose que, si elle avait été établie au cours des années en cause non pas en Belgique, mais en Bulgarie, en Chine, en Hongrie, à Malte, aux Iles Maurice, en Norvège, en Pologne, en République tchèque, en République slovaque, en Roumanie, à Singapour, en Suisse ou au Vietnam, elle aurait bénéficié d'une réduction du taux de retenue à la source à 5% en application de la convention tendant à éviter la double imposition respectivement applicable sans qu'une détention de la participation dans la société luxembourgeoise durant au moins deux ans eut été requise. Elle affirme que cette situation serait contraire à l'article 2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et à l'article 10 du Traité CE en ce que la réduction du taux de retenue à la source accordée par le Luxembourg à des actionnaires établis dans les Etats tiers prévisés, mais refusée aux Etats membres de la zone euro induirait des détournements de trafic en termes de mouvements de capitaux qui seraient incompatibles avec la nature même d'une union économique et monétaire ayant adopté une monnaie unique. L'appelante s'empare d'un arrêt de la CJUE du 5 novembre 2002 (Commission c/ Allemagne, aff. C-476/98) qui aurait également jugé que la mission de l'Union européenne et les buts des traités seraient compromis si les Etats membres pouvaient conclure des engagements internationaux contenant des règles susceptibles d'affecter des règles adoptées par l'Union ou d'en altérer la portée.

L'argumentation de l'appelante tend en fait à voir reconnaître l'existence d'une clause de la nation la plus favorisée en ce sens qu'un Etat membre de l'Union européenne qui accorde un traitement plus favorable dans le cadre d'une convention tendant à éviter les doubles impositions dans ses relations avec un Etat tiers devrait faire bénéficier les ressortissants d'un autre Etat membre du même traitement. A cet égard, il convient de rappeler que la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, sous réserve que ces derniers exercent celle-ci dans le respect du droit communautaire. Ainsi, en l'absence de mesures d'harmonisation communautaire ou de conventions conclues entre tous les États membres au titre de l'ancien article 293, deuxième tiret, du Traité CE, les États membres demeurent compétents pour déterminer les critères d'imposition des revenus en vue d'éliminer, le cas échéant par la voie conventionnelle, les doubles impositions. Dans ce

contexte, les États membres sont libres, dans le cadre des conventions bilatérales conclues afin d'éviter la double imposition, de fixer les facteurs de rattachement aux fins de la répartition de la compétence fiscale, sous réserve du respect des règles du droit communautaire et notamment de l'interdiction d'introduire une discrimination contraire aux règles communautaires (cf. CJUE 14 décembre 2006, Denkavit Internationaal et Denkavit France, aff. C-170/05). La CJUE a également admis qu'une différence de traitement entre ressortissants des deux États contractants, résultant de cette répartition, ne saurait être constitutive de discrimination contraire à l'article 39 du Traité CE (cf. CJUE 12 mai 1998, Gilly, aff. C-336/96). Concernant plus particulièrement la question de la comparaison entre la situation d'une personne résidente d'un État tiers à une telle convention et celle d'une personne couverte par cette convention, la CJUE a déjà décidé que le champ d'application d'une convention fiscale bilatérale est en principe limité aux personnes physiques ou morales mentionnées dans celle-ci, que le fait que les droits et obligations réciproques fixés dans une convention fiscale bilatérale ne s'appliquent qu'à des personnes résidentes de l'un des deux États membres contractants est une conséquence inhérente aux conventions bilatérales préventives de la double imposition et qu'une règle particulière accordant le bénéfice de déductions personnelles en principe réservées par l'autre Etat à ses propres résidents ne saurait être analysée comme un avantage détachable du reste de la convention, mais en fait partie intégrante et contribue à son équilibre général (CJUE 5 juillet 2005, M. D., aff. C-376/03). Il faut déduire de ces jurisprudences que la CJUE exclut en l'état actuel de sa jurisprudence l'application d'une clause de la nation la plus favorisée par rapport au contenu des conventions tendant à éviter les doubles impositions conclues par les Etats membres et reconnaît que ces dernières rentrent dans le champ d'une compétence des Etats membres.

Il est vrai que l'article 10 du Traité CE, applicable au cours des années 1996 et 1997, disposait que « *les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission* ». Or, au vu de la conclusion ci-avant retenue quant à la compétence des Etats membres en matière d'impôts directs et de négociation des conventions de double imposition, il n'appert pas en quoi un Etat membre ne respecterait pas cette disposition en exerçant les droits d'imposition prévus par la convention tendant à éviter les doubles impositions applicable et sa législation interne pour autant qu'elle n'est pas limitée par la directive 90/435. Cette conclusion ne se trouve pas infirmée par l'arrêt du 5 novembre 2002 invoqué par l'appelante, étant donné que l'objet de l'affaire à la base de cet arrêt portait sur la compétence d'un Etat membre pour conclure des accords dits « *de ciel ouvert* » avec les États-Unis d'Amérique dans le domaine du transport aérien malgré l'acquisition d'une compétence interne exclusive par la Communauté européenne quant à certains volets de ces accords, hypothèse foncièrement différente de celle d'une compétence maintenue dans le chef des Etats membres.

Il s'ensuit que le moyen de l'appelante est à rejeter sans qu'il y ait lieu de soumettre à la CJUE la question préjudicielle proposée par elle.

Dans un second ordre d'idées, l'appelante conclut que la même situation s'analyserait en une violation du principe de préférence communautaire. Elle fait valoir que la Bulgarie, donc l'un des Etats jadis tiers avec lequel existait une convention tendant à éviter les doubles impositions plus favorable, aurait eu droit, dans le cadre de son traité d'adhésion à l'Union européenne, à une disposition de « *stand-still* » en vue d'éviter que l'application de mesures transitoires dans les Etats membres ait pour effet de créer, à l'égard des ressortissants bulgares, des conditions d'accès plus restrictives au marché de travail des Etats membres que celles existant à la date de la signature du traité d'adhésion, les ressortissants bulgares devant même bénéficier d'un accès au travail dans des conditions aussi favorables que celles valant pour les ressortissants de pays tiers et bénéficier d'une priorité par rapport à ces derniers,

comme la CJUE l'aurait expressément retenu dans un arrêt du 21 juin 2012 (Leopold Sommer c/Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien, aff. C-15/11). Même si ce principe avait été admis concernant le marché du travail et partant la libre circulation des personnes, cette solution serait néanmoins transposable à la situation sous examen où la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux seraient affectées. Si ce principe de préférence communautaire est applicable à des ressortissants de pays ayant accédé à l'Union après sa création, il devrait *a fortiori* être appliqué aux ressortissants des Etats membres fondateurs afin de ne pas mettre en péril les bases mêmes de l'intégration communautaire. L'appelante soutient sur base de cette argumentation qu'elle devrait bénéficier au moins du taux réduit de retenue à la source de 5% prévu dans certaines conventions tendant à éviter les doubles impositions conclues par le Luxembourg avec certains Etats tiers.

La CJUE a déjà jugé que « *la «préférence communautaire» est une des considérations à caractère politique sur lesquelles les institutions communautaires se sont fondées lors de l'adoption de régimes d'échanges avec des pays tiers. Toutefois, ainsi que la Cour l'a déjà précisé, cette préférence ne constitue aucunement une exigence légale qui pourrait entraîner l'invalidité de l'acte concerné* » (CJUE 10 mars 2005, Espagne c/ Conseil, aff. C-342/03). Il s'ensuit qu'une règle de préférence communautaire n'a un effet légalement contraignant que dans la mesure où elle a été formellement prévue, comme tel était notamment le cas dans le traité relatif à l'accession de la Bulgarie à la Communauté européenne, et non pas de manière générale en l'absence d'une disposition spécifique en ce sens. L'argumentation afférente de l'appelante est partant à rejeter comme non justifiée sans qu'il y ait lieu de soumettre une question préjudicielle y relativement à la CJUE.

Il découle des développements qui précèdent que l'appel sous examen n'est justifié en aucun de ses moyens et qu'il est à rejeter comme étant non fondé, le jugement entrepris étant à confirmer en conséquence.

Au vu de l'issue du litige, la demande de l'appelante en allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 € est à rejeter alors que les conditions légales afférentes ne se trouvent pas réunies en l'espèce.

PAR CES MOTIFS

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties en cause,

reçoit l'appel du 27 janvier 2014 en la forme,

au fond, le déclare non justifié et en déboute,

partant, confirme le jugement entrepris du 18 décembre 2013,

rejette la demande de l'appelante en allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 €,

condamne l'appelante aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par:

Serge SCHROEDER, premier conseiller,

Lynn SPIELMANN, conseiller,

Martine GILLARDIN, conseiller,

et lu à l'audience publique du 22 janvier 2015 au local ordinaire des audiences de la Cour par le premier conseiller, en présence du greffier en chef de la Cour Erny MAY.

s. MAY s. SCHROEDER